Background Paper BP-244E

THE SENATE: APPOINTMENTS UNDER SECTION 26 OF THE CONSTITUTION ACT, 1867

Mollie Dunsmuir
Law and Government Division

August 1990

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

91-04881/

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1991
Cat. No. YM32-2/244E
ISBN 0-660-13918-9

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

THE SENATE: APPOINTMENTS UNDER SECTION 26 OF THE CONSTITUTION ACT, 1867

OVERVIEW

Sections 26, 27 and 28 of the Constitution Act, 1867 provide for the appointment of four or eight additional senators, upon the direction of the Queen. Until September 1990, however, the power had never been exercised, and questions have arisen as to when such additional appointments can be made appropriately.

When the Constitution Act, 1867 was drafted, there was considerable debate as to whether to include a "deadlock provision" that would allow the government of the day to appoint additional senators in case the Commons and the Senate should ever irreconcilably differ. Sir John A. Macdonald, opposing the concept, argued that such a "swamping" provision could destroy the independence and utility of the Senate. At the London Conference of 1866, where the actual drafting took place, however, the other delegates were divided on the issue.

The British government was adamant that a deadlock provision be included, and so section 26 was eventually drafted and approved. The colonial delegates insisted, however, that the additional appointments be regionally apportioned, that they be strictly limited in number, and that the final decision rest with the Crown rather than the government of the day. The British government accepted these restrictions, although it expressed some concern about the last two.

Prior to the recent occurrence, there is only one documented case of a prime minister trying to use section 26. In 1873, Alexander Mackenzie requested the appointment of six extra senators, but the Colonial Secretary declined to so advise Her Majesty. The Earl of Kimberley decided

that section 26 was to be used only when there was a collision of opinion between the two Houses of so serious and permanent a character that the government was paralyzed or incapacitated. Additionally, it had to be at least possible, and perhaps probable, that the extra appointments would resolve the problem.

Since section 26 was not used until 1990, the mechanics of the appointments are not entirely clear. - For example, none of the supplementary appointments can be from Newfoundland or the Territories, as these are not included in the existing divisions of the Senate. Appointments from Ontario would seem simple enough, but the Maritime and Western Divisions are more problematic. Assuming, for example, that new senators have been appointed from New Brunswick and Nova Scotia, what happens if the next vacancy arises in Prince Edward Island? Because of section 27, the Prince Edward Island vacancy cannot be filled until the Maritime Division is reduced to 24 members. Similarly, each Quebec senator represents one of 24 electoral districts, and this could be difficult to reconcile with the appointment of additional senators.

Finally, the issue of additional senatorial appointments is complicated by the fact that section 26 reserved the power of extra appointments specifically to the Crown, at the insistence of the Canadian delegates to the London Conference in 1866. Since the Statute of Westminster, 1931, however, the Queen (or the Governor-General acting in her stead) has been constitutionally required to accept the advice of her Canadian Ministers. Consequently, a power of appointment that was broadly phrased in anticipation that the Queen would receive independent advice and act as the final arbiter, is now within the power of the prime minister of the day.

LEGISLATIVE HISTORY OF SECTION 26

The constitutional provisions surrounding the structure and powers of the Senate were not taken lightly by the framers of Confederation. Indeed, one of the delegates to the London Conference of 1866, at which the actual drafting of the Constitution Act, 1867 took place, later

stated that "this question as to the constitution of the Senate occupied more time than any other portion of the bill. [We] were fully a week in discussing it."(1)

Although the possibility of a deadlock between the two Houses of Parliament was considered in the negotiations between the colonies, no provision was made for the appointment of extra members in the original Quebec Resolutions of 1864. These resolutions were agreed to by representatives of five colonies -- Canada (Upper and Lower), Nova Scotia, New Brunswick, Prince Edward Island and Newfoundland -- although only Canada followed through with legislative approval.

When these original resolutions were introduced into the Legislative Assembly of Canada the following year by John A. Macdonald, then Attorney General West, he commented at some length on the relationship between the two Houses:

> The provision in the Constitution, that the Legislative Council [Senate] shall consist of a limited number of members, that each of the great sections shall appoint twenty four members and no more, will prevent the Upper House from being swamped from time to time by the ministry of the day, for the purpose of carrying out their own schemes or pleasing their partisans. . . The objection has been taken that in consequence of the Crown being deprived of the right of unlimited appointment, there is a chance of a dead lock arising between the two branches of the legislature; a chance that the Upper House being altogether independent of the Sovereign, of the Lower House, and of the advisors of the Crown, may act so independently as to produce a dead lock. I do not anticipate any such result. In the first place we know that in England it does not arise. There would be no use of an Upper House, if it did not exercise, when it thought proper, the right of opposing or amending or postponing the legislation of the Lower House. It would be of no value whatever were it a mere chamber for registering the decrees of the Lower House. It must be an independent House, having a free action of its own, for it is only valuable as being a regulating body, calmly considering the legislation initiated by the popular branch, and preventing any hasty or ill-considered legislation which may come from

---

(1) Senate, Debates, 19 March 1877, p. 202 (Mr. Wilmot).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> that body, but it will never set itself in opposition against the deliberate and understood wishes of the people.(2)

Although Macdonald rested his case on the unlikelihood of a deadlock occurring, it is also possible that the decision not to allow additional appointments under any circumstances was influenced by the dangers of upsetting the delicate balance between regional, linguistic, and sectarian interests in the proposed composition of Parliament.

The first reference to a provision allowing for the appointments of extra senators in case of deadlock seems to occur in a letter to Governor General Monck, late in 1864, commenting on the Quebec Resolutions: "Her Majesty's Government are anxious to lose no time in conveying to you their general approval of the proceedings of the Conference. There are, however, two provisions of great importance that seem to require revision."(3) One of these is the constitution of the Legislative Council: "if the Members be appointed for life, and their number be fixed, [will there] be any sufficient means of restoring harmony between the Legislative Council and the Popular Assembly."(4)

Throughout, it appears to have been the British Government that insisted on some mechanism for breaking a possible deadlock between the two Houses. During a later debate in the Senate, Mr. R.D. Wilmot, one of the New Brunswick delegates to the London Conference in 1866, gave a detailed description of negotiations surrounding section 26.(5) The delegations from the colonies were narrowly divided upon whether a deadlock provision should be added to the Constitution. Three times the delegates

---

(2) Canada, Legislature, Parliamentary Debates on the Subject of Confederation, Hunter, Rose & Co., Quebec, 1865, p. 36.

(3) G.P. Brown, ed., Documents on the Confederation of British North America, The Carleton Library No. 40, McClelland and Stewart, Toronto, 1969, p. 171. The first problem mentioned concerns the Crown's prerogative of pardon.

(4) Ibid.

(5) Senate, Debates, 19 March 1877, p. 203-204.

adhering to the Quebec scheme prevailed, and three times the Chairman of the Conference (Sir John A. Macdonald), so informed Lord Carnarvon. Three times Lord Carnarvon, the Colonial Secretary, stated his preference for a deadlock provision. Finally, amidst considerable debate, the delegates adopted "the 26th clause as a safety-valve in the event of a deadlock."(6)

Aside from the dispute over the principle involved, there was also discussion as to the exact form the safety-valve should take. Nova Scotia and New Brunswick in particular were concerned that additional appointments might allow Upper Canada to swamp the other provinces. The solution was to provide that additional appointments must be made equally from the three divisions: Ontario, Quebec and the Maritimes. Even this did not allay Quebec's concerns, however, since one senator was supposed to be appointed from each of the 24 electoral divisions of Lower Canada:

> If you give power to swamp the Legislative Council then you destroy its utility. Lower Canada insists that each of its present divisions shall have a representative in the Council, that is the existing divisions. If you give power to the Central Government to increase the number you change the proportions. This has been settled to the satisfaction of Roman Catholics and Protestants, British and French.(7)

In early January 1867, the delegates made a new proposal. Additional appointments to the Senate could be made, provided that they were made equally from the three sections of Canada, when the Senate rejected a money bill once, or any other bill three times, provided that at third reading in the Commons an absolute majority of members from two out of the three sections had voted in favour of the bill.(8)

In a memo to the British Cabinet, Lord Carnarvon noted two other conditions added by the delegates: that the appointments should be made by the Crown, rather than the Governor General; and that their number

---

(6) Ibid., p. 203.

(7) Brown (1969), p. 212.

(8) Ibid., p. 263.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

should not exceed six. He added that "the intervention of the Crown is to my mind a doubtful proposal: but it is designed to be a check upon popular feeling and the action of the Local Government and I do not see that we can take exception to it."(9) Accordingly, the third draft of the British North America Bill reads as follows:

> 16. If any Money Bill passed by the House of Commons is rejected by the Senate for any one Session, or if any other Bill passed by the House of Commons is rejected by the Senate on three consecutive occasions, and if in such case or cases the Governor-General shall ascertain that such Bill or Bills has or have been carried by the majority of voices from two out of the three divisions of the Kingdom, then and in such case it shall be lawful for Her Majesty to create additional Members of the Senate, preserving the rule of equality between three Divisions of Upper Canada, Lower Canada and the Maritimes.(10)

The next section provided that, when the number of senators had been so increased, no further appointments to any division would be made in the normal course of events until that division had again dropped to 24 members.

The Fourth Draft of the bill simplified the provisions for the appointment of additional senators:

> 20. On the application of the Government of Canada, Her Majesty in Council may from time to time sanction an appointment of additional Senators, so as that the whole number shall in no case exceed seventy-eight, the proportion allotted to each of the three divisions being preserved. In case of vacancies after any such increase above seventy-two; no appointment shall be made without the sanction of the British Government till the whole number is reduced below seventy-two.(11)

The final form of the deadlock provisions in the Constitution Act, 1867 was as follows:

---

(9) Ibid., p. 264.

(10) Ibid., p. 268.

(11) Ibid., p. 283.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> 26. If at any Time on the Recommendation of the Governor-General the Queen thinks fit to direct that Three or Six members be added to the Senate, the Governor-General may by Summons to Three or Six qualified Persons (as the Case may be), representing equally the Three Divisions of Canada, add to the Senate accordingly.
>
> 27. In case of such Addition being at any Time made the Governor General shall not summon any Person to the Senate except on a further like Direction by the Queen on the like Recommendation, until each of the Three Divisions of Canada is represented by Twenty-Four Senators and no more.
>
> 28. The Number of Senators shall not at any Time exceed Seventy-Eight.

The British government presumably remained less than happy, both with the involvement of the Crown and with the limited number of extra appointments, but the compromise appeared to be the best possible. In introducing the British North America Act in the British House of Lords, Lord Carnarvon stated:

> [Senators] will be nominated by the Governor General in Council for life. But as it is obvious that the principle of life nomination, combined with a fixed number of members, might render a difference of opinion between the two Houses a question almost insoluble under many years, and might bring about what is popularly known as a legislative dead-lock, a power is conferred upon the Crown -- a power, I need not say, that would only be exercised under exceptional and very grave circumstances -- to add six members to the Senate, subject to the restriction that those six members shall be taken equally from the three sections, so as in no way to disturb their relative strength, and that the next vacancies shall not be filled up until the Senate is reduced to its normal number. It may, perhaps, be said that the addition of six members will be insufficient to obviate the legislative discord against which we desire to provide. I am free to

> confess that I could have wished that the margin had been broader.(12)

As Canada grew, the carefully crafted compromise on the deadlock provision required amendment to allow for the addition of new provinces. The original Act of 1867 had made provision for the number of senators allocated to Newfoundland and Prince Edward Island in the event of their later admission to the Union,(13) but had not made provision for the western provinces. Prince Edward Island was to have four senators and be included in the Maritime Division, with Nova Scotia and New Brunswick each giving up two seats so that the total representation of the Maritime division remained at 24. Newfoundland also was to be allocated four senators, but was not included in any division. According to Sir John A. Macdonald:

> It has, comparatively speaking, no common interest with the other Maritime Provinces, but has sectional interests and sectional claims of its own to be protected. It, therefore, has been dealt with separately, and is to have a separate representation in the Upper House, thus varying from the equality established the other sections.(14)

When Manitoba was formed in 1870, it was given two members in the Senate, with provision for two additional senators as the population grew. British Columbia joined Canada in 1871 with three senators. Alberta and Saskatchewan entered Confederation in 1905 with four members each, and a provision for adding two more each after the next census. Finally, in 1915, Parliament rationalized western representation in the Senate by a

---

(12) Quoted by Senator MacPherson in Senate, Debates, 19 March, 1877, p. 215-216. Lord Carnarvon also notes, as did Sir John A. Macdonald in the 1865 Debates, the potentially high turnover of senators, even with lifetime appointments: in 1856 there were 42 nominated or life members of the pre-Confederation Legislative Council of Canada who answered to the call. By 1862, only 25 were left, and, according to Sir John, by 1864 only 21. This suggestion that "six additional members. . . supplemented by so large and so regular a change in the constitution of the Senate [may be enough] to maintain the legislative harmony of the two Houses," does not seem to have been adopted with any enthusiasm by either side in the Senate debates.

(13) Constitution Act, 1867, s. 147.

(14) Parliamentary Debates, 1865, p. 35.

constitutional amendment. Each of the four western provinces was to have six members in the Senate, forming a western division of 24 to parallel the Ontario, Quebec and Maritime divisions.(15) The number of existing senators was therefore increased from 72 to 96.

Because there were now four divisions instead of three, the number of senators who could be appointed under section 26 became four or eight, rather than three or six. The wording of section 27 was also changed slightly to state that, if additional senators were appointed, no new senators could be summoned to represent a division until the size of that division was reduced to 24.

The number of senators to which Newfoundland was entitled upon admission to Confederation was raised from four to six, so that the total number of senators provided for by the Constitution Act, 1867, as amended, became 102. The maximum number allowable if section 26 were used became 110.

In 1975, the Constitution was again amended to provide for the appointment of one senator each to represent the Yukon and Northwest Territories.(16) There have been no further amendments affecting the constitution of the Senate, and the limits on the number of senators remain as follows:

> 21. The Senate shall, subject to the Provisions of this Act, consist of One Hundred and four Members, who shall be styled Senators.
>
> 28. The Number of Senators shall not at any time exceed One Hundred and Twelve.

There are four divisions of the Senate: Ontario; Quebec; the Maritime provinces of Nova Scotia, New Brunswick and Prince Edward Island; and the Western provinces of Manitoba, British Columbia, Saskatchewan and Alberta. Section 26 allows for one or two additional

---

(15) Constitution Act, 1915, 5-6 Geo. V., c. 45 (U.K.) Act. Section 22 of the Constitution Act, 1867, as amended, creates the Divisions of the Senate.

(16) Constitution Act (No.2), 1975, S.C. 1974-75-76, c. 53.

members to be appointed from each division if the Queen thinks fit on the recommendation of the Governor General. Once these appointments are made, no further appointments can be made to any of the four divisions until that division has been reduced through attrition to its normal complement of 24.(17)

UNDER WHAT CIRCUMSTANCES CAN SECTION 26 BE INVOKED?

In 1873, the Macdonald government resigned over the Pacific Scandal and the Mackenzie government took office on 2 November 1873. Mackenzie prorogued Parliament the same day, and dissolved it on 2 January 1874. On 22 January 1874, the Mackenzie Liberals were returned with a resounding majority.

Meanwhile, in late December, 1873, Mackenzie and his Cabinet advised the Governor-General to recommend to the Queen the appointment of six extra senators. The request seems to have been accompanied by a memorandum from the Prime Minister outlining the reasons for the request.(18) Mackenzie described the purpose of section 26 as "a way to avoid possible complications or inconveniences by giving some elasticity to the system." He refers to the pre-Confederation agreement between the leaders of the two political parties that each party should nominate half of the original senators, and observes that 29 of the 31 senators appointed since 1867 were on the Conservative side.

Although Mackenzie did not go so far as to argue that Senate appointments must maintain the principle of equal representation between the parties, he felt it was important to prevent an impression that the

---

(17) Section 27 envisages the possible re-use of section 26 provided the number of senators does not exceed 112. The circumstances under which this could take place are, however, obscure.

(18) The circumstances surrounding the request and the accompanying documents are fully dealt with by Eugene Forsey in two articles: "Alexander Mackenzie's Memoranda on the Appointment of Extra Senators, 1873-4," 27 Canadian Historical Review (1946), p. 189-194; and "Appointment of Extra Senators Under Section 26 of the British North America Act," 12 Canadian Journal of Economics and Political Science (1946), p. 159-167.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Senate was "too much the creation of the Administration of the day." Because of the disparity of the Macdonald appointments, "a sufficiently clear case [had] been established to justify the application of the counterpoise provided by the Constitution." Additionally, the extra appointments would ensure that government measures were effectively advocated in the Senate.(19)

The Governor-General, Lord Dufferin, forwarded the request to Lord Kimberley, the Secretary of State for the Colonies, on 26 January 1874, immediately after it became clear Mackenzie had won the election. On 18 February 1874, Lord Kimberley replied that he could not advise Her Majesty to direct the additional appointments. He noted that the "question was of considerable importance," but felt that the intention of the framers of section 26 was that the power of extra appointments should "be vested in Her Majesty in order to provide a means of bringing the Senate into accord with the House of Commons in the event of a collision of opinion between the two Houses." Consequently, Her Majesty could be advised to use it only when "a difference had arisen between the two Houses of so serious and permanent a character, that the Government could not be carried on without Her intervention, and when it could be shown that the limited creation of Senators allowed by the Act would apply an adequate remedy."(20)

In short, section 26 was to be used only when there was a collision of opinion between the two Houses of so serious and permanent a character that the government was incapacitated. Additionally, it had to be at least possible, and perhaps probable, that the extra appointments would resolve the problem.

There the matter apparently would have rested, since the correspondence was not public, except for a chance remark by the Governor-General in the summer of 1876. On a visit to British Columbia, Lord Dufferin found considerable dissatisfaction with Canada. There had been

---

(19) When the issue was later debated, the Conservatives argued that six or seven of some 32 post-Confederation appointments had been Liberal (Senate, Debates, 19 March 1877, p. 210).

(20) Senate, Journals, 1877, p. 77.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

delays in the construction of the Pacific Railway, and a bill to provide for the Esquimault and Nanaimo Railway in compensation had been defeated in the Senate. In an attempt to assure British Columbians that the government had made every effort to have the Esquimault and Nanaimo bill passed, Lord Dufferin made the following statement which was widely reported in the press:

> I saw Mr. Mackenzie the next day [after the defeat of the bill], and I have seldom seen a man more annoyed or disconcerted than he was. Indeed he was driven in that interview to protest with more warmth than he has ever used against the decision of the English government which had refused, on the opinion of the law officers of the Crown, to allow him to add to the numbers of the Senate.(21)

Subsequently, motions were introduced in both the House and the Senate requesting the production of all correspondence relating to this request for additional senators.

Having received the documents in question, the Conservative majority in the Senate was not prepared to let the matter lie. On 19 March 1877, the Senate passed a resolution expressing "its high appreciation of the conduct of Her Majesty's Government in refusing to advise an Act for which no Constitutional reason could be offered." In addition, the Senate recorded its opinion on the appropriate use of section 26:

> this power was only intended to be exercised upon the occurrence of some grave political emergency, and with a view to the removal of serious differences which should actually have arisen between the Senate and the other House of Parliament, and are not susceptible of satisfactory adjustment by any other means; and
>
> any addition to the Senate under the provisions of the 26th clause of the British North America Act which is not absolutely necessary for the purpose of bringing this House into accord with the House of Commons, in the event of an actual collision of a serious and permanent character, would be an infringement of the constitutional independence of the Senate, and lead to

---

(21) House of Commons, Debates, 1 March 1877, p. 371.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> a depreciation of its utility as a constituent part of the Legislature.(22)

This appears to be the last official documentation relating to the purpose and appropriate use of section 26.(23)

CONCLUSIONS

Most commentators agree that section 26 was intended to be used only in the event of a serious deadlock between the Houses.(24) In the event of such a collision of wills, it was to be for the Crown to decide whether the circumstances involved justified invoking the deadlock mechanism.

Prime Minister Mackenzie tried an alternative approach to section 26 in 1873, when he asked the Queen to appoint six extra senators on the grounds that the provision was designed only to "find a way to avoid possible complications or inconveniences by giving some elasticity to the system." Lord Kimberley, the Colonial Secretary, rejected the request, following the narrower and more traditional interpretation.

However, at least three factors make a modern interpretation of section 26 more difficult than the legislative history would suggest. Foremost is the constitutional evolution of Canada, whereby the role of the

---

(22) Senate, Journals, 19 March 1877, p. 130; see also Senate, Debates, 19 March 1877, p. 194.

(23) A.B. Keith suggests that Sir Wilfred Laurier may have informally inquired whether he could make extra appointments, but does not give a source for the information: "Sir Wilfred would have liked to have the deadlock provisions put in force, but his tentative inquiry in England in 1900 satisfied him that he would not be accorded this favour." Responsible Government in the Dominions, Clarendon Press, Oxford, 1928, Vol. I, p. 463.

(24) For example, W.R. Riddell, The Canadian Constitution in Form and Fact, New York, Columbia University Press, 1923, p. 24; J.G. Bourinot, Parliamentary Procedure and Practice, Montreal, Dawson Brothers, 1892, p. 141; A.B. Keith, Imperial Unity and the Dominions, Oxford, Clarendon Press, 1916, p. 392; R. MacGregor Dawson, Democratic Government in Canada, University of Toronto Press, Toronto, 1949, p. 63.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Crown has been reduced to that of a constitutional figurehead acting on the advice of Her Canadian Ministers. When section 26 was drafted, those delegates who did not want a deadlock provision for fear of the government swamping the Senate seemed to have compromised with the idea of the Crown as an ongoing arbiter. With that arbiter removed, the concept of an objective third party to mediate between the Commons and Senate, as envisaged by the delegates to the London Conference, no longer exists.

Second, the wording of section 26 is very broad and, unlike an earlier draft, contains no clear test of when the power of appointment can be invoked. Presumably, the delegates felt that no clear test was necessary since the ultimate power was in the hands of the Crown and, as Lord Kimberley stated in 1874, the Queen would interfere only in the most serious circumstances. On the face of the section, however, a prime minister can invoke it at any time.

Third, although section 26 is constitutional law, it comes very close to concepts more usually associated with constitutional convention. Eugene Forsey, in what remains the most extensive article on section 26, suggests that the power to appoint additional senators involves principles and conventions that "still have to be worked out, and they will have to be worked out without much help either from our own or British history."(25)

He notes, for example, that there are times when a Governor General would be entitled to reject even a usual Senate appointment, such as if a government defeated at the polls tried to fill Senate vacancies before the new government took office. He also suggests that there are times when a government would clearly be entitled to make section 26 appointments in the absence of any conflict with the Senate, such as if a government were elected with no Senate representation.

Regardless of those comments, it seems clear that the original intent of section 26 was to provide a "deadlock" mechanism in the event of an irreconcilable clash of wills between the two Chambers. The fact that no such clash occurred in the first 120 years after Confederation invalidates neither the purpose nor the use of section 26 in the appropriate circumstances.

---

(25) Forsey, "Appointment of Extra Senators under Section 26..." (1946), p. 166.

Étude générale

BP-244F

LE SÉNAT: NOMINATIONS EN VERTU DE L'ARTICLE 26 DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867

Mollie Dunsmuir
Division du droit et du gouvernement

Août 1990

bliothèque
Parlement
brary of
rliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1991
Nº de cat. YM32-2/244F
ISBN 0-660-93268-7

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LE SÉNAT: NOMINATIONS EN VERTU DE L'ARTICLE 26 DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867

APERÇU

Les articles 26, 27 et 28 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoient que la Reine peut nommer quatre ou huit sénateurs supplémentaires. Jusqu'en septembre 1990 toutefois, ce pouvoir n'avait jamais été exercé et certains se sont interrogés sur les circonstances qui permettraient que ces nominations soient faites convenablement.

Quand la *Loi constitutionnelle de 1867* a été rédigée, on a longuement discuté de la nécessité d'inclure une disposition permettant au gouvernement en place de nommer des sénateurs supplémentaires pour se tirer de l'impasse en cas de divergences de vues irréconciliables entre la Chambre des communes et le Sénat. Sir John A. Macdonald s'opposait à l'idée et soutenait qu'une telle disposition permettant d'"innonder" le Sénat de sénateurs détruirait l'indépendance et l'utilité de cette institution. À la Conférence de Londres de 1866, pendant laquelle la loi fut rédigée, les autres délégués demeurèrent toutefois divisés sur la question.

Le gouvernement britannique tenait absolument à ce qu'une disposition de ce genre figure dans la loi, si bien que l'article 26 a fini par être rédigé et approuvé. Les délégués des colonies insistèrent cependant pour que les nominations supplémentaires tiennent compte de la représentation régionale, que leur nombre soit strictement limité et que la décision finale relève de la Couronne plutôt que du gouvernement en place. Le gouvernement britannique accepta ces restrictions, même s'il s'inquiétait un peu des deux dernières.

Avant les nominations faites récemment, un seul premier ministre avait, d'après les archives, tenté de recourir à l'article 26. En effet, en 1873, Alexander Mackenzie a demandé à la Couronne de nommer six

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

sénateurs supplémentaires, mais le secrétaire de la colonie a refusé de présenter à Sa Majesté une recommandation en ce sens. Le comte de Kimberley a décidé que l'article 26 ne devait être invoqué que lorsque la gravité et la persistance d'un conflit d'opinions entre les deux Chambres paralyserait le gouvernement ou l'empêcherait de fonctionner. De plus, selon lui, il devait être au moins possible, si ce n'est probable, que les nominations supplémentaires dénouent l'impasse.

Étant donné que l'article 26 n'a pas été invoqué avant 1990, le mécanisme des nominations n'est pas tout à fait clair. On peut supposer qu'aucun des sénateurs supplémentaires ne peut venir de Terre-Neuve ni des Territoires, parce que ces régions ne sont pas incluses dans les divisions actuelles du Sénat. Nommer des sénateurs de l'Ontario semblerait assez simple, mais il faudrait réfléchir un peu dans le cas des divisions des Maritimes et de l'Ouest. Qu'arriverait-il si, par exemple, de nouveaux sénateurs provenaient du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse et que le prochain poste vacant se présentait à l'Île-du-Prince-Édouard? Conformément à l'article 27, le poste vacant de l'Île-du-Prince-Édouard ne pourrait être comblé tant que la représentation de la division des Maritimes ne serait pas revenue à 24 membres. De même, chaque sénateur du Québec représente un des 24 collèges électoraux, ce qui pourrait être difficile à concilier avec les articles 26 et 27.

Enfin, la question des nominations de sénateurs supplémentaires se complique du fait que l'article 26 confère ce pouvoir expressément à la Couronne, à l'insistance des délégués canadiens à la Conférence de Londres de 1866. Toutefois, depuis l'adoption du *Statut de Westminster*, en 1931, la Reine (ou le gouverneur général, en son nom) sont constitutionnellement tenus d'accepter l'avis de leurs ministres canadiens. Par conséquent, un pouvoir de nomination qui a été libellé en termes généraux, afin de permettre à la Reine de recevoir un conseil indépendant et d'agir en tant que dernier arbitre, relève maintenant du premier ministre en place.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DE L'ARTICLE 26

Les dispositions constitutionnelles relatives à la structure et aux pouvoirs du Sénat n'ont pas été prises à la légère par les Pères de la Confédération. En réalité, l'un des délégués à la Conférence de Londres en 1866, au cours de laquelle la *Loi constitutionnelle de 1867* a été rédigée, a déclaré par la suite que "cette question de la constitution du Sénat a pris plus de temps que toute autre aspect du projet de loi. [Nous] en avons certainement discuté pendant une semaine"(1).

Même si la possibilité d'une impasse entre les deux Chambres du Parlement a été envisagée pendant les négociations entre les colonies, aucune disposition n'a été prise dans les résolutions de Québec de 1864 en vue de la nomination de membres supplémentaires. Ces résolutions ont été convenues par les représentants de cinq colonies - Canada (Haut et Bas), Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick, Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve - même si seul le Canada s'est rendu jusqu'à l'approbation législative.

Quand John A. Macdonald, alors procureur général de l'Ouest, a présenté ces résolutions à l'Assemblée législative du Canada l'année suivante, il a expliqué en détail la relation entre les deux Chambres:

> La disposition de la Constitution selon laquelle le Conseil législatif [Sénat] comprendra un nombre limité de membres, que chacune des grandes divisions nommera 24 membres et pas plus, empêchera la Chambre haute d'être écrasée par un gouvernement qui voudrait réaliser ses propres programmes ou plaire à ses propres partisans [...] Il est fondé de croire que, parce que la Couronne n'a pas le droit de procéder à des nominations illimitées, il existe un risque d'impasse entre les deux branches de la législature, un risque que la Chambre haute tout à fait indépendante du souverain, de la Chambre basse et des conseillers de la Couronne puisse agir indépendamment et créer ainsi une impasse. Mais nous savons que cela ne se produit pas en Angleterre. La Chambre haute serait inutile si elle n'exerçait pas, quand elle le juge bon, le droit de s'opposer, de modifier ou de retarder un projet de loi de la Chambre basse. Elle n'aurait aucune utilité si elle se contentait de consigner les décrets de la Chambre basse. Elle doit être une Chambre

---

(1) *Débats* du Sénat, 19 mars 1877, p. 202 (M. Wilmot).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> indépendante, jouir de sa propre liberté d'action, car elle n'est utile en tant qu'organe de réglementation, qui étudie calmement les projets de loi présentés par la branche populaire et empêche leur adoption à la hâte ou peu réfléchie, mais elle ne s'opposera jamais aux volontés clairement exprimées et comprises de la population(2).

Même si Macdonald fondait ses arguments sur la faible probabilité d'une impasse, il se peut aussi que la décision de ne pas permettre de nominations supplémentaires, peu importe les circonstances, ait été influencée par les dangers de perturber l'équilibre fragile entre les intérêts régionaux, linguistiques et religieux dans la composition proposée du Parlement.

La première allusion à une disposition permettant de nommer des sénateurs supplémentaires en cas d'impasse semble se trouver dans une lettre adressée au gouverneur général Monck à la fin de 1864, au sujet des résolutions de Québec: "Le gouvernement de Sa Majesté désire vous informer sans délai de son approbation générale des travaux de la Conférence. Deux dispositions de grande importance semblent toutefois nécessiter des révisions"(3). L'une d'entre elles touche à la constitution du Conseil législatif: "Si les membres sont nommés à vie et que leur nombre est fixe, [y aura-t-il] des moyens suffisants de restaurer l'harmonie entre le Conseil législatif et l'Assemblée populaire?"(4).

Tout au long des débats, il semble que le gouvernement de Grande-Bretagne ait insisté pour qu'il existe un mécanisme quelconque permettant de dénouer une éventuelle impasse entre les deux Chambres. Au cours d'un débat au Sénat quelques années plus tard, M. R.D. Wilmot, qui faisait partie de la délégation du Nouveau-Brunswick à la Conférence de Londres de 1866, a décrit en détail les négociations au sujet de l'article

---

(2) Canada, Legislature, *Parliamentary Debates on the Subject of Confederation*, Hunter, Rose & Co., Quebec, 1865, p. 36 (traduction).

(3) G.P. Brown (éd.), *Documents on the Confederation of British North America*, Toronto, The Carleton Library, No. 40, McClelland and Stewart, 1969, p. 171 (traduction). Le premier problème mentionné concerne les prérogatives de la Couronne au sujet du pardon.

(4) *Ibid.* (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

26(5). Les avis des délégués étaient assez également partagés au sujet de l'ajout, dans la Constitution, d'une disposition afin de dénouer une impasse. En trois occasions, les délégués en faveur des propositions de Québec ont eu gain de cause, et chaque fois, le président de la Conférence (sir John A. Macdonald) en a informé lord Carnarvon. À trois reprises, lord Carnarvon, secrétaire de la colonie, a indiqué qu'il préférait une disposition permettant de dénouer une impasse. Enfin, au milieu de débats interminables, les délégués ont adopté "l'article 26 comme soupape de sûreté en cas d'impasse"(6).

En plus d'exprimer leurs divergences quant au principe en cause, les délégués ont également discuté de la forme exacte que devait prendre cette soupape de sûreté. Le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse, en particulier, craignaient que des nominations supplémentaires ne permettent au Haut-Canada d'écraser les autres provinces. La solution a consisté à stipuler que les nominations supplémentaires devraient être réparties également entre les trois divisions, soit l'Ontario, le Québec et les Maritimes. Mais même cette solution n'a pas réussi à apaiser les craintes du Québec, étant donné qu'un sénateur devrait être nommé pour chacun des 24 collèges électoraux du Bas-Canada:

> En accordant le pouvoir d'inonder le Conseil législatif de conseillers, on détruit son utilité. Le Bas-Canada insiste pour que chacune de ses divisions actuelles soit représentée au Conseil. En donnant au gouvernement central le pouvoir d'accroître le nombre, on change les proportions. Cette question a été réglée à la satisfaction des catholiques romains et des protestants, des Anglais et des Français(7).

Au début de janvier 1867, les délégués présentaient une nouvelle proposition. Il serait possible d'effectuer des nominations supplémentaires au Sénat, à condition que ces nominations soient réparties

---

(5) *Débats* du Sénat, 19 mars 1877, p. 203-204.

(6) *Ibid.*, p. 203.

(7) Brown (1969), p. 212 (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

également entre les trois sections du Canada, quand le Sénat aurait rejeté une mesure financière une fois ou tout autre projet de loi trois fois et à condition que, à la troisième lecture à la Chambre des communes, une majorité de députés de deux des trois divisions se soient prononcés en faveur du projet de loi(8).

Dans un mémoire au Cabinet britannique, lord Carnarvon mentionnait deux autres conditions ajoutées par les délégués: que les nominations se fassent par la Couronne et non par le gouverneur général et que leur nombre ne dépasse pas six. Il ajoutait: "L'intervention de la Couronne est à mon avis une proposition douteuse, mais elle vise à vérifier la volonté populaire et l'action du gouvernement local et je ne vois comment nous pourrions nous y opposer"(9). Par conséquent, la troisième ébauche de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique se lit comme suit:

> 16. Lorsqu'une mesure financière adoptée par la Chambre des communes est rejetée par le Sénat pendant une session ou qu'un autre projet de loi adopté par la Chambre des communes est rejeté par le Sénat à trois reprises consécutives, et que le gouverneur général établit dans chaque cas que le projet de loi en question a été adopté à la majorité des voix dans deux des trois divisions du Royaume, Sa Majesté est autorisée à nommer des sénateurs supplémentaires, en maintenant la règle de l'égalité entre les trois divisions du Haut-Canada, du Bas-Canada et des Maritimes(10).

L'article suivant prévoyait que, dans le cas où le nombre de sénateurs aurait été accru de la sorte, aucune nomination supplémentaire ne pouvait, dans les conditions habituelles, être effectuée tant que le nombre de membres de chaque division n'était pas revenu à 24.

La quatrième ébauche du projet de loi simplifiait les dispositions relatives à la nomination des sénateurs supplémentaires:

---

(8) *Ibid.*, p. 263.

(9) *Ibid.*, p. 264 (traduction).

(10) *Ibid.*, p. 268 (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> 20. Sur demande du gouvernement du Canada, Sa Majesté en conseil peut sanctionner la nomination de sénateurs supplémentaires, de manière à ce que le nombre total ne dépasse jamais vingt-huit membres, tout en maintenant la représentation proportionnelle de chacune des divisions. Dans le cas où un poste devient vacant après que le nombre de sénateurs a été porté à plus de soixante-douze, aucune nomination n'est effectuée sans l'approbation du gouvernement britannique tant que le nombre total ne sera pas réduite à soixante-douze(11)

La version finale des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* permettant de dénouer une impasse se lit comme suit:

> 26. Si en aucun temps, sur la recommandation du gouverneur général, la Reine juge à propos d'ordonner que trois ou si membres soient ajoutés au Sénat, le gouverneur général pourrait, par mandat adressé à trois ou six personnes (selon le cas) ayant les qualifications voulues, représentant également les trois divisions du Canada, les ajouter au Sénat.
>
> 27. Dans le cas où le nombre des sénateurs serait ainsi en aucun temps augmenté, le gouverneur général ne mandera aucune personne au Sénat, sauf sur pareil ordre de la Reine donné à la suite de la même recommandation, tant que la représentation de chacune des trois divisions du Canada ne sera pas revenue au nombre fixe de vingt-quatre sénateurs.
>
> 28. Le nombre de sénateurs ne devra en aucun temps excéder soixante-dix-huit.

Le gouvernement britannique n'a probablement pas été très enchanté ni de la participation de la Couronne ni du nombre limité de sénateurs supplémentaires, mais le compromis semble avoir été le meilleur possible. En déposant *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique* à la Chambre des lords de la Grande-Bretagne, lord Carnarvon a déclaré:

> [Les sénateurs] seront nommés à vie par le gouverneur général en conseil. Mais comme il est évident que le principe des nominations à vie, conjugué à un nombre fixe de sénateurs, pourrait rendre une divergence d'opinions entre les deux Chambres presque insoluble pendant de nombreuses années, et qu'il pourrait entraîner ce que l'on appelle populairement une impasse législative, la Couronne est investie du pouvoir -

---

(11) *Ibid.*, p. 283 (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> pouvoir qui, faut-il le préciser, ne serait exercé que dans des circonstances exceptionnelles et très graves - de nommer six autres sénateurs, à condition que ces six sénateurs proviennent en nombre égal des trois divisions, afin de ne pas perturber leur importance relative, et que les prochains postes vacants ne soient pas comblés tant que le Sénat ne serait pas revenu à son nombre normal. Il convient peut-être de préciser que l'ajout de six sénateurs pourrait ne pas réussir à parer aux désaccords législatifs contre lesquels nous voulons nous protéger. Je suis libre d'avouer que j'aurais préféré une marge plus grande(12).

Au fur et à mesure que le Canada a grandi, les compromis établis avec soin pour dénouer une éventuelle impasse ont dû être modifiés afin de tenir compte de l'arrivée de nouvelles provinces. La loi de 1867 avait prévu le nombre de sénateurs qui serait accordé à Terre-Neuve et à l'Île-du-Prince-Édouard, si ces dernières adhéraient à l'Union par la suite(13), mais pas celui des provinces de l'Ouest. L'Île-du-Prince-Édouard aurait droit à quatre sénateurs, à inclure dans la division des Maritimes, le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse abandonnant chacune deux sièges pour que le nombre de sénateurs de la division des Maritimes ne dépasse pas 24. Terre-Neuve aurait eu droit à quatre sénateurs, ne faisant partie d'aucune division. Selon sir John A. Macdonald:

> Relativement parlant, [Terre-Neuve] n'a aucun intérêt en commun avec les autres provinces des Maritimes, mais elle a des intérêts et des revendications propres à défendre. Elle doit donc être traitée séparément et jouir d'une représentation distincte à la Chambre

---

(12) Cité par le sénateur MacPherson au Sénat (*Débats* du 19 mars 1877, p. 215-216). Lord Carnarvon soulignait également, comme l'avait fait sir John A. Macdonald dans les délibérations de 1865, la possibilité d'un roulement élevé des sénateurs, en dépit des nominations à vie: en 1856, 42 membres nommés ou à vie du Conseil législatif du Canada qui existait avant la Confédération avaient répondu à l'appel. En 1862, il n'en restait plus que 42 et, en 1864, selon sir John A., plus que 21. L'idée, que "six membres supplémentaires [...] s'ajoutant à une modification si importante et si fréquente de la composition du Sénat [suffirait] à maintenir l'harmonie législative entre les deux Chambres", ne semble pas avoir été acceptée avec beaucoup d'enthousiasme par l'un ou l'autre des deux camps dans les délibérations du Sénat.

(13) *Loi constitutionnelle de 1867*, article 147.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> haute, ce qui crée une exception par rapport au principe de l'égalité établi entre les autres divisions(14).

Quand le Manitoba a été formé, en 1870, on lui a accordé deux membres au Sénat et on a prévu deux autres postes de sénateurs à mesure que la population grandirait. La Colombie-Britannique est entrée dans la Confédération canadienne en 1871 et a eu droit à trois sénateurs. L'Alberta et la Saskatchewan ont suivi en 1905 et ont eu droit à quatre sénateurs chacune et à deux autres sénateurs de plus après le recensement suivant. Enfin, en 1915, le Parlement a rationalisé la représentation des provinces de l'Ouest au Sénat en adoptant un amendement constitutionnel. Chacune des quatre provinces de l'Ouest avait désormais droit à six membres au Sénat, pour former une division de l'Ouest de 24 sénateurs, semblable aux divisions de l'Ontario, du Québec et des Maritimes(15). Le nombre de sénateurs était donc porté de 72 à 96.

Parce qu'il existait désormais quatre divisions au lieu de trois, le nombre de sénateurs pouvant être nommés en application de l'article 26 a été porté à quatre ou huit, au lieu de trois ou six. Le libellé de l'article 27 a été légèrement modifié lui aussi afin que, dans le cas où des sénateurs supplémentaires seraient nommés, aucun nouveau sénateur ne puisse être mandé pour représenter une division au Sénat tant que la représentation de cette division ne serait pas revenue à 24.

Le nombre de sénateurs auxquels Terre-Neuve a eu droit en entrant dans la Confédération a été porté de quatre à six, ce qui a porté à 102 le nombre total de sénateurs prévu par la *Loi constitutionnelle de 1867*, modifiée. Le nombre maximum de sénateurs permis si l'article 26 était invoqué a été porté à 110.

En 1975, la Constitution a été modifiée une fois de plus afin de permettre la nomination d'un sénateur du Yukon et d'un autre des

---

(14) *Parliamentary Debates*, 1865, p. 35 (traduction).

(15) *Acte constitutionnel de 1915*, 5-6 Geo. V, c. 45 (U.K.) Act. L'article 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, modifiée, créait les divisions du Sénat.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Territoires du Nord-Ouest(16). Aucune autre modification de nature à changer la constitution du Sénat n'a été apportée depuis, et le nombre maximum de sénateurs s'établit comme suit:

> 21. Sujet aux dispositions de la présente loi, le Sénat se composera de cent quatre membres, qui seront appelés sénateurs.
>
> 28. Le nombre des sénateurs ne devra en aucun temps excéder cent douze.

Il existe quatre divisions au Sénat: l'Ontario, le Québec, les Maritimes (Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick et Île-du-Prince-Édouard) et les provinces de l'Ouest (Manitoba, Colombie-Britannique, Saskatchewan et Alberta). L'article 26 prévoit que la Reine peut nommer un ou deux membres supplémentaires pour chacune des divisions, si elle le juge à propos et sur recommandation du gouverneur général. Lorsque des nominations de ce genre sont effectuées, aucune autre nomination n'est permise dans l'une ou l'autre de ces quatre divisions, tant que le nombre de sénateurs n'est pas revenu au nombre de normal de 24 par division(17).

LES CIRCONSTANCES PERMETTANT D'INVOQUER L'ARTICLE 26

En 1873, le gouvernement Macdonald démissionnait à cause du scandale du Pacifique. Le gouvernement Mackenzie s'emparait du pouvoir le 2 novembre 1873. Mackenzie prorogea le Parlement le jour même et le dissout le 2 janvier 1874. Le 22 janvier, les libéraux de Mackenzie étaient reportés au pouvoir, avec une écrasante majorité.

Entre temps, Mackenzie et son Cabinet avaient conseillé au gouverneur général et recommandé à la Reine, à la fin de décembre 1873, de nommer six sénateurs supplémentaires. Cette demande semble s'être accompagnée d'un mémorandum dans lequel le premier ministre décrivait ses

---

(16) *Loi constitutionnelle (n° 2), 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 53.

(17) L'article 27 prévoit que l'article 26 peut être de nouveau invoqué à condition que le nombre de sénateurs ne dépasse pas 112. Les circonstances dans lesquelles un tel geste pourrait être posé sont toutefois obscures.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

raisons[18]. Selon Mackenzie, l'article 26 avait pour objet d'"éviter les complications ou les contretemps possibles en donnant une certaine souplesse au système". Mackenzie mentionne l'entente conclue entre les dirigeants des deux partis politiques avant la Confédération selon laquelle chaque parti nommerait la moitié des premiers sénateurs et fait observer que 29 des 31 sénateurs nommés depuis 1867 étaient d'allégeance conservatrice.

Même si Mackenzie n'est pas allé jusqu'à soutenir que les nominations au Sénat devaient maintenir le principe de l'égalité de la représentation entre les partis, il estimait important d'éviter de donner l'impression que le Sénat était "trop la création du gouvernement en place". À cause de la disparité des nominations du gouvernement Macdonald, "des preuves assez claires justifient l'application des mesures de contrepoids prévues dans la Constitution". En outre, les nominations supplémentaires garantiraient que les mesures gouvernementales seraient défendues efficacement au Sénat[19].

Le gouverneur général, lord Dufferin, a transmis la demande à lord Kimberley, secrétaire d'État aux colonies, le 26 janvier 1874, dès qu'il fut clair que Mackenzie avait remporté les élections. Le 18 février 1874, lord Kimberley répondit qu'il ne pouvait conseiller à Sa Majesté d'ordonner les nominations demandées. Il considérait la question "d'une importance considérable", mais estimait que l'intention des auteurs de l'article 26 avait été d'investir Sa Majesté du pouvoir de nommer des sénateurs supplémentaires afin de "préparer un moyen de mettre le Sénat d'accord avec la Chambre des communes, au cas d'un sérieux conflit

---

(18) Les circonstances entourant la demande et les documents d'accompagnement sont exposés en détail dans deux articles d'Eugene Forsey: "Alexander Mackenzie's Memoranda on the Appointment of Extra Senators, 1873-4", 27 *Canadian Historical Review* (1946), p. 189-194; et "Appointment of Extra Senators Under Section 26 of the British North America Act", 12 *Canadian Journal of Economics and Political Science* (1946), p. 159-167.

(19) Quand la question a été débattue par la suite, les conservateurs ont prétendu que six ou sept des quelque 32 nominations postérieures à la Confédération avaient été des nominations libérales (*Débats* du Sénat, 19 mars 1877,. p. 210).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

d'opinions entre les deux Chambres". Par conséquent, il ne pouvait être conseillé à Sa Majesté d'invoquer cet article, si ce n'est dans le cas où "un conflit viendrait à surgir entre les deux Chambres avec un tel caractère de gravité ou de persistance que le gouvernement se trouvât dans l'impossibilité de fonctionner sans l'intervention de Sa Majesté - et où il serait démontré que la création limitée de sénateurs, autorisée par l'acte, pût offrir la solution de la difficulté"(20).

En résumé, l'article 26 ne devait être invoqué qu'en cas de conflit d'opinions entre les deux chambres si grave et si persistant qu'il paralyserait le gouvernement. De plus, il fallait qu'il soit au moins possible, voire probable, que les nominations supplémentaires règlent le problème.

Les choses en seraient restées là, en apparence tout au moins, car la correspondance n'était pas rendue publique, n'eût été une remarque faite en passant par le gouverneur général en 1876. Lors d'une visite en Colombie-Britannique, lord Dufferin constata une insatisfaction considérable à l'endroit du Canada. La construction du chemin de fer du Pacifique avait été retardée et un projet de loi prévoyant la construction d'un chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo, pour compenser ces retards, avait été rejeté au Sénat. S'efforçant de rassurer les citoyens de la Colombie-Britannique que le gouvernement avait fait tout son possible pour faire adopter ces projets de loi, lord Dufferin fit la déclaration suivante, qui fut largement diffusée dans la presse:

> Le lendemain [du rejet du projet de loi] je vis M. Mackenzie, et j'ai rarement rencontré un homme plus contrarié, plus déconcerté qu'il l'était en ce moment. Il alla même, dans cette entrevue, jusqu'à protester avec plus de chaleur qu'il n'en a mis, contre la décision du gouvernement anglais qui avait refusé, sur l'opinion des jurisconsultes de la Couronne, de lui permettre d'augmenter le nombre de sénateurs(21).

---

(20) *Journaux* du Sénat, 1877, p. 77.

(21) *Débats* de la Chambre des communes, 1er mars 1877, p. 366.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Par la suite, des motions ont été déposées à la Chambre et au Sénat pour demander la production de toute la correspondance relative à cette demande de sénateurs supplémentaires.

Ayant reçu ces documents, la majorité conservatrice au Sénat ne devait pas rester muette sur la question. Le 19 mars 1877, le Sénat adoptait une résolution exprimant combien elle appréciait la conduite du gouvernement de Sa Majesté "en refusant de conseiller un acte que ne justifiait aucune raison constitutionnelle". Le Sénat fit également consigner son opinion sur l'utilisation convenable de l'article 26:

> Ce pouvoir serait exercé seulement dans le cas de grave éventualité politique, et dans le but de mettre un terme à des désaccords tels, entre le Sénat et l'autre Chambre, que tous les autres moyens eussent été reconnus impuissants à faire cesser; et
>
> toute addition au nombre des sénateurs, prévue par les dispositions de la 26e section de l'Acte de l'Amérique britannique du Nord - à moins d'être absolument nécessaire pour mettre le Sénat d'accord avec la Chambre des communes, en cas de conflit ayant un caractère réel de gravité et de persistance - comporterait une atteinte à l'indépendance constitutionnelle du Sénat, et tendrait à déprécier son utilité comme partie constituante de la législature(22).

Cette intervention semble être la dernière documentation officielle concernant l'objet et l'utilisation convenable de l'article 26(23).

---

(22) *Journaux* du Sénat, 19 mars 1877, p. 130 et *Débats* du Sénat, 19 mars 1877, p. 194.

(23) A.B. Keith laisse entendre que sir Wilfrid Laurier aurait peut-être demandé non officiellement s'il pouvait effectuer des nominations supplémentaires, mais il n'indique pas sa source d'information: "Sir Wilfrid Laurier aurait aimé faire appliquer les dispositions prévues en cas d'impasse, mais sa demande non officielle en Angleterre en 1900 lui confirma que cette faveur ne lui serait pas accordée". *Responsible Government in the Dominions*, Clarendon Press, Oxford, 1928, vol. 1, p. 463.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

CONCLUSION

La plupart des observateurs conviennent que l'article 26 visait à être invoqué uniquement en cas de grave impasse entre les Chambres(24). En cas de collision des volontés de ce genre, il revenait à la Couronne de décider si les circonstances justifiaient le recours au mécanisme de dénouement des impasses.

Le premier ministre Mackenzie a essayé un autre moyen que l'article 26 en 1873 quand il a demandé à la Reine de nommer six sénateurs supplémentaires en invoquant comme motif que la disposition visait uniquement "à trouver un moyen d'éviter les complications ou les contretemps possibles en donnant une certaine souplesse au système". Lord Kimberley, secrétaire de la colonie, rejeta la demande, ayant donné une interprétation plus étroite et plus classique à l'article en cause.

Mais au moins trois facteurs rendent une interprétation moderne de l'article 26 plus difficile que ne laisse croire l'histoire législative. Il y a d'abord et avant tout l'évolution du Canada, où le rôle de la Couronne a été réduit à celui d'un personnage constitutionnel décoratif agissant sur les conseils des ministres canadiens. Quand l'article 26 a été rédigé, les délégués ne voulaient pas d'une disposition permettant de dénouer les impasses de crainte que la nomination au Sénat de sénateurs supplémentaires par le gouvernement ne compromette le rôle d'arbitre permanent de la Couronne. Ce rôle ayant disparu, l'idée d'un tiers objectif effectuant une médiation entre la Chambre des communes et le Sénat, envisagé par les délégués à la Conférence de Londres, est disparue elle aussi.

Deuxièmement, le libellé de l'article 26 est assez large et, contrairement à une version antérieure, il ne contient aucun critère précis permettant de déterminer les situations où le pouvoir de nommer des

---

(24) Par exemple, W.R. Riddell, *The Canadian Constitution in Form and Fact*, New York, Columbia University Press, 1923, p. 24; J.G. Bourinot, *Parliamentary Procedure and Practice*, Montréal, Dawson Brothers, 1892, p. 141; A.B. Keith, *Imperial Unity in the Dominions*, Oxford, Clarendon Press, 1916, p. 392; R. MacGregor Dawson, *Democratic Government in Canada*, University of Toronto Press, 1949, p. 63.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

sénateurs peut être invoqué. On peut supposer que les délégués ont estimé ces critères inutiles étant donné que le pouvoir ultime était investi à la Couronne et que, comme le déclarait lord Kimberley en 1874, la Reine n'interviendrait que dans les circonstances les plus graves. Mais en apparence, le premier ministre peut invoquer cet article en tout temps.

Troisièmement, même si l'article 26 fait partie du droit constitutionnel, il s'approche de très près des concepts associés habituellement à une convention constitutionnelle. Dans ce qui demeure l'article le plus approfondi sur la question, Eugene Forsey laisse entendre que le pouvoir de nommer des sénateurs supplémentaires repose sur des principes et des conventions qui "restent encore à établir, et qui devront être établis sans pouvoir s'inspirer de notre histoire ni de l'histoire britannique"(25).

Il fait remarquer, par exemple, qu'il existe des circonstances où un gouverneur général est autorisé à rejeter même les nominations au Sénat habituelles, par exemple, lorsqu'un gouvernement défait aux élections essaie de combler les postes vacants au Sénat avant que le nouveau gouvernement n'entre en fonction. Il indique aussi qu'il y a des moments où un gouvernement serait tout à fait en droit d'effectuer des nominations au Sénat en vertu de l'article 26 en l'absence de tout conflit d'opinions avec le Sénat, notamment si un gouvernement élu n'était nullement représenté au Sénat.

Malgré les observations qui précèdent, il semble clair qu'à l'origine, l'article 26 visait à fournir un mécanisme permettant de dénouer une impasse s'il devait se présenter des différences irréconsilibles entre les deux Chambres. Le fait qu'une telle impasse ne se soit pas présentée au cours des 120 premières années qui ont suivi la Confédération n'invalide ni le but de l'article 26 ni le recours à cet article dans des circonstances appropriées.

---

(25) Forsey, "Appointment of Extra Senators under Section 26..." (1946), p. 166 (traduction).